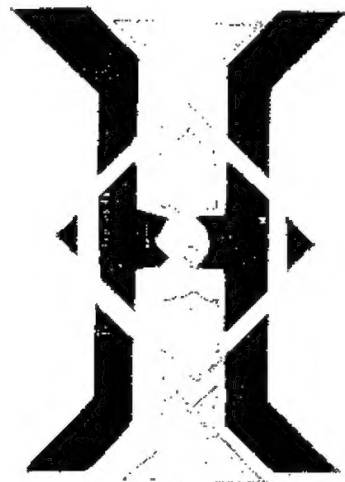
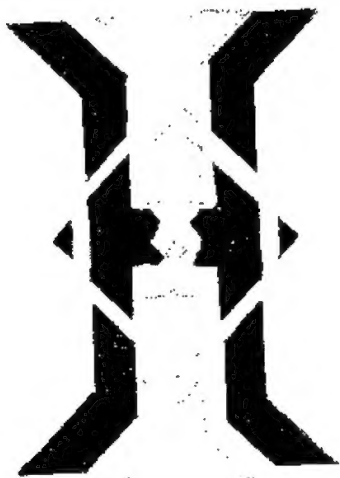


مَجْمُوعَةٌ
بَحْثُ فِقْهِيَّةٍ

الدُّكْتُور
عبد الكريم زيدان
الأستاذ بكلية الآداب - جامعة بغداد



مَجْمُوعَةٌ
بَحْثُ فِقْهِيَّةٍ

تَوْفِيقٌ مَهْرٌ سِلَاسِي
الرَّيْنَةُ 16940

الدَّكْتُورُ
عَبْدُ الْكَرِيمِ زِيْدَان

مُؤَسَّسَةُ الرِّسَالَةِ

مَكْتَبَةُ الْقُدْسِ

جميع الحقوق محفوظة
١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م

مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية حمدي وصالحه
هاتف: ٣١٩٠٣٩ - ٢٤١٦٩٢ ص.ب: ٧٤٦٠ بريقياً : بيروت - لبنان



شارع المتنبي - هاتف : ٨٠٥٧٦
مكتبة القدس : ص.ب: ١١٣٩٦ - بغداد - العراق

مجموعة بحوث فقهية

- ١ - الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام
- ٢ - حقوق الافراد في دار الاسلام
- ٣ - حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية
- ٣ - الايمان بالقضاء والقدر وأثره في سلوك الانسان
- ٥ - أثر القصد في التصرفات والعقود
- ٦ - الخلاف في الشريعة الإسلامية
- ٧ - اللقطة واحكامها في الشريعة الإسلامية
- ٨ - احكام اللقيط في الشريعة الإسلامية
- ٩ - العقوبة في الشريعة الإسلامية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله
وصحبه اجمعين .

وبعد فهذه بحوث يجمعهها - على اختلاف مواضيعها - جامع البحث
في ظل معاني الشريعة الاسلامية ، ولهذا سميتها (مجموعة بحوث فقهية)
آمل ان يمتنع بها الناس ويعرفوا بعض ما احتواه الاسلام ، دين الله
الخالد ، من معان واحكام والله اسأل ان يوفقني الى خدمة دينه وهو
حسبي ونعم الوكيل .

بغداد في ١/ رمضان / ١٣٩٥ هـ الدكتور عبد الكريم زيدان

١٩٧٥/٩/٧ - م

البحث الخامس

أشْر
القصور في التصرفات والعقود

اثر القصد في التصرفات والعقود

تمهيد :

١ - القصد هو النية ، والنية لها مقام عظيم في الشريعة الاسلامية ، فهي مناط الثواب في الآخرة ، وعلى أساسها يكون العمل مرضيا عند الله او مردودا على صاحبه وان كان في ظاهره صالحا مستوفيا شروط الصحة . جاء في الحديث الصحيح عن سيدنا عمر ابن الخطاب رضي الله عنه انه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى ، فمن كانت هجرته الى الله ورسوله فهجرته الى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته الى ما هاجر اليه » . فهذا الحديث صريح في الدلالة على ان الانسان ليس له من عمله الا ما نواه وقصده ، فان كان قصده مرضاة الله وطاعته واتباع شرعه فهو المثاب على عمله ، وان كان قصده من عمله تحصيل مطلب دنيوي من مال او جاه او ثناء او امرأة فليس له من عمله الا ما قصده ولا ثواب له في الآخرة وان كان عمله في الظاهر صالحا مشروعا ، شأنه في ذلك شأن الذي هاجر الى المدينة ليلحق

بأم قيس ويظفر بها ويتزوجها • فليس له من هجرته إلا أم قيس ولا ثواب له في الآخرة •

وفي الحديث الصحيح عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال : سئل رسول الله عليه وسلم عن الرجل يقاتل شجاعة ، ويقا تل حمية ويقا تل رياء ، أي ذلك في سبيل الله ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله » ففي هذا الحديث أكبر الدلالة على أن العمل المرضي عند الله المثاب عليه صاحبه هو ما كان القصد منه مرضاة الله ، فإن كان القصد غير ذلك فهو العمل المردود الذي لا ثواب فيه وإن كان قتالا يضحي فيه الإنسان بحياته وينتفع به المسلمون •

٢ - والمباح يصير بالقصد الحسن قربة يثاب عليها المسلم ، فمن تعلم فنون القتال ونيتته أعداد نفسه للجهاد أثيب على ذلك • يؤيد هذا ما جاء في الحديث الشريف « أن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة وفيه : وصانعه يحتسب في صنعته الاجر » •

٣ - والفعل الواحد تتغير صفته من حل وحرمة باختلاف نية صاحبه وقصده منه ، مثل الذبح يكون القصد منه الانتفاع بلحم الذبيحة فيكون مباحا ، ويكون القصد منه التقرب لله بالتصدق بلحم الذبيحة فيكون قربة كما في الأضحية ، ويكون القصد منه تعظيم ما سوى الله تعالى فيكون حراما • • ومثل اللقطة يكون القصد من التقاطها حفظها لمالكها وردها إليه فيكون الانتقاط مباحا والمقتط امينا واللقطة امانة ويكون القصد من التقاطها تملكها وعدم ردها إلى صاحبها فيكون

لالتقاط حراما والملتقط غاصبا واللقطة مضمونة عنده مطلقا

والنظر الى المرأة الاجنبية يكون حلالا جائزا اذا كان القصد منه الرغبة في نكاحها بدليل الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للمغيرة بن شعبه عندما خطب امرأة : انظرت اليها ؟ قال لا ، فقال عليه الصلاة والسلام : انظر اليها فانه احرى أن يؤدمَ بينكما » • ويكون النظر اليها حراما اذا كان القصد منه التلذذ بالنظر الى محاسنها واشباع شهوته ، قال تعالى : « قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك ازكى لهم ان الله خير بما يصنعون » •

وامساك الزوجة احب الى الله تعالى من تسريحها اذا كان القصد من امساكها ابقاء الرابطة الزوجية والقيام بحقوقها ، ويحرم الامساك اذا كان بقصد الاضرار بالمرأة واطالة عدتها ، قال تعالى : « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » •

والزواج سنة من سنن الاسلام ولكنه لا يجوز اذا كان القصد منه مضارة الزوجة او ظلمها او الكيد لاهلها •

٤ - ومن جسيع ما تقدم يتبين لنا اهمية النية في الشريعة الاسلامية ، وانها مناط الثواب والعقاب ووصف الشيء بالحل والحرم •

اما تأثير النية في تصرفات الانسان وعقوده في الدنيا فهذا ما نبينه في الفقرات التالية بعد بيان تعريف العقد والتصرف •

٥ - العقد في اللغة يطلق على الشد والجمع بين اطراف الشيء وربطها كما يأتي بمعنى احكام الشيء وتقويته •

وفي الاصطلاح الفقهي - كما جاء في مرشد الحيران - عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من احد الطرفين بقبول الآخر على وجه يشيت أثره في المعقود عليه (١) . وقال آخرون في تعريفه للعقد ربط بين كلامين او ما يقوم مقامهما ينشأ عنه أثره الشرعي . فالعقد إذن ، ينشأ بين طرفين ويستلزم ارادتين تتفقان على احداث أثر قانوني .

اما التصرف فهو كل فعل او قول ينشئ التزاما او ينتج أثرا شرعيا . وهو نوعان تصرف قطعي كالفصب او الاستيلاء على المال المباح . وتصرف قولي مثل الطلاق والبيع . والتصرف القولي نوعان : الاول ينشأ عن ارتباط ارادتين وهذا هو العقد . والثاني ينشأ بارادة واحدة ، وهذا هو التصرف بالارادة المنفردة . والتصرف القولي اعم من العقد لان العقد لا يقوم الا بارتباط ارادتين ، بينما التصرف منه ما لا يتم الا بارادتين ومنه ما يتم بارادة منفردة . ولكن بعض فقهاء الشريعة الاسلامية يستعمل كلمة « العقد » ويريد به معنى التصرف القولي : ولا يقصره على المعنى الخاص للعقد من ذلك قول الامام ابن تيمية « وكذلك عقود الواهبين والموصين ونحوهم ما يقصد بها التقرب الى الله تعالى وكذلك عقود الحالفين والناذرين ونحوهم » (٢) .

ومع هذا فالأفضل قصر استعمال لفظ « العقد » على معناه

(١) مرشد الحيران تأليف محمد قدرى باشا : المادة ١٦٨ .

(٢) العقود لابن تيمية ص ١٨ وما بعدها . انظر ايضا استعمالات

كلمة العقد بمعنى التصرف القولي : الباب للميداني ج ٣ ص ١٢٨ .
واحكام القرآن للجصاص ص ٣٦٠ ، وتفسير القرطبي ج ٦ ص ٣٢ .

الخاص ، واستعمال لفظ التصرف القولي بمقتضى العام الذي قدمناه
وهو يشمل العقد والتصرف الانفرادي .

٦ - وعلى كل حال فالارادة هي الاساس في تكوين العقد
او التصرف ، ولكن الارادة امر باطني لا يمكن الوقوف عليه ثباتاً
تصلح لانشاء العقد والتصرف وهي بهذه الصفة من الاستتار والخفاء .
ولهذا قال الفقهاء من طلق في نفسه لم يلزمه طلاقه (٣) ، أي من نوى
الطلاق لم يقع طلاقه (٤) . فلا بد من لفظ او ما يقوم مقامه يبرر عن
الارادة الباطنة ويكشفها وهو ما يسمى بالارادة الظاهرة او الإيجاب
والقبول او صيغة العقد ، وبارتباط الإيجاب بالقبول ينشأ العقد
وبصدور الإيجاب وحده ينشأ التصرف الانفرادي ، وهذا كله اذا ما
تحققت الشروط المطلوبة لانعقاد العقد او التصرف وصحته .

أثر القصد في التصرف والعقد :

٧ - ولكن هل يكون أساس ترتيب الاحكام والآثار ، واعطاء
وصف الصحة والبطلان للتصرفات والعقود هو ظاهر القول الذي
انشأها دون التفات الى ما وراءه من نية باطنة وقصد خفي وباعث مستتر
دفع الى انشاء هذا التصرف أو العقد ، أم يكون الاساس
فيما قلناه هو النية الباطنية والقصد الخفي والباعث المستتر دون
ظاهر القول ، كما في عقد النكاح بقصد التحليل ، او عقد البيع بقصد
التوصل الى الربا ، فهل نحكم ببطلان النكاح والبيع باعتبار ان الباعث
عليهما والمقصود منهما امر محرم ، ام نحكم بصحة العقدين باعتبار
ان ظاهرهما صحيح ؟ هذا هو موضوع البحث .

(٣) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٩٨ - ١٩٩ .

(٤) المفني لابن قدامة ج ٧ ص ١٢١ . والمهذب للشيرازي ج ٢ ص ٨٥ .

٨ - والواقع ان الفقهاء مختلفون في مسألة القصور ومدى تأثيرها في صحة التصرفات والعقود فمنهم من اعتبرها ولم يكتف بالظاهر ، ومنهم من اهدرها واكتفى بالظاهر . ومنهم من توسط بين هذا وذاك : فلا بد من ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة وبيان الراجح منها .

أولا مذهب الشافعية :

٩ - يقول الامام الشافعي : « اصل ما اذهب اليه ان كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم يبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين واجزته بصحة الظاهر ، واكره لهما النية اذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع » (٥) لان النية والباعث من احاديث النفس ، وقد وضع الاسلام عن الناس ما حدثوا به انفسهم كما ان المرء قد ينوي الشيء ولا يفعله وينويه ويفعله (٦) . والنية بعد هذا وذاك امر غيبي والباعث امر خفي والاعراض مستترة ، وكل هذا من الغيب الذي لا يعلمه الا الله . وما كلفنا بعلم الغيب والحكم بسوجه ، وانما كلفنا بما نعلمه من ظواهر الامور والحكم بمقتضاها . فمدار الاحكام عند الامام الشافعي على الظاهر ، فنحن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر . ويستدل الامام الشافعي لمذهبه بالكتاب والسنة ، اما الكتاب فقد اخبر بان المنافقين في الدرك الاسفل من النار ومع هذا امر الله رسوله صلى الله عليه وسلم بان يعاملهم على ما اظهروا من اسلام لا على ما ابطنوا من كفر . واما السنة فقد جاء في الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « انما انا بشر وانكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من

(٥) الام الشافعي ج ٣ ص ٦٥ .

(٦) الام الشافعي ج ٥ ص ٧١ .

بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فانما اقطع له قطعة من النار » ووجه الدلالة بهذا الحديث الشريف ان الحكم على الناس انما يجيء على نحو ما يسمع الحاكم منهم مما لفظوا به وان كان يمكن ان تكون نياتهم وبواعثهم على التصرف غير ذلك . ودلالة اخرى في هذا الحديث انه لا يحل لحاكم ان يحكم على احد الا بما لفظ ، لا يقضي عليه بشيء مما غيب الله تعالى عنه أمره من نية أو سبب أو ظن أو تهمة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : على نحو ما أسمع ^(٧) .

ويضيف الامام الشافعي الى ما تقدم ان الحكم على خلاف الظاهر واخذ الناس على خلاف ما يظهرون تشبهاً بالنية والباعث ، أمر مخالف لكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم لان الله تعالى استأثر بعلم الغيب ، ومن يحكم بخلاف الظاهر يدعي علمه ، ولان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بما سمع ، واخبر ان قد يكون قصدهم وباطنهم على غير ظاهرهم ^(٨) هذا خلاصة مذهب الشافعي رحمه الله تعالى ، ينظر الى الظاهر ويهذر البواعث والنيات ولا يأخذ بها الا اذا ظهرت وانكشفت بلفظ يذكر في العقد . وعلى اساس هذا الرأي ذهب الامام الشافعي الى صحة نكاح المحلل . والمحلل هو الذي يتزوج المطلقة ثلاثة بعد انقضاء عدتها لا بقصد اتخاذها زوجة يسكن اليها وانما بقصد احلالها لمطلقها الاول بأن يطلقها حتى اذا ما انقضت عدتها جاز لها الرجوع الى مطلقها الاول بعقد جديد ومهر جديد ، وصحة

(٧) الام للشافعي ج ٦ ص ٢٠٢ .

(٨) المرجع السابق ، واعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٩٠ .

النكاح المحلل عند الشافعي سواء كانت نيته ونيتها الاحلال أو كانت نيته هو فقط الاحلال . وفي ملاق المريض مرض الموت زوجته المدخول بها بائنا . قال لا ترثه الزوجة لان الطلاق البائن يرفع النكاح ويسنع التوارث ولا عبرة بما يقال من انه قصد بهذا الطلاق حرمانها من الميراث ، لان الطلاق البائن اذا ما صدر من أهله وصادف محله استلزم حكمه ومنع التوارث بين الزوجين . ويوع الآجال عنده صحيحة ، فمن باع سلعة بشئ مؤجل ثم اشتراها من مبتاعها بشئ أقل من الشئ الاول نقدا . فالبيع صحيح لان البيع الثاني غير البيع الاول وقد استوفى شروطه المطلوبة ولا عبرة بالقول بأنه قصد الربا واتخذ البيع وسيلة له ، لان حصل الناس على التهم وأخذهم بالظنون لا يجوز^(٩) .

ثانياً - مذهب الظاهرية (١٠) :

١٠ - يقوم هذا المذهب على دعامين : الاول ترك الرأي

(٩) الام الشافعي ج ٣ ص ٣٢ : ٦٩ .

(١٠) يعتبر المذهب الظاهري وليد المذهب الشافعي ، فالمذهب الشافعي لا يأخذ الا بالنصوص أو بالحمل على النصوص ، اما المذهب الظاهري فلا يأخذ الا بالنصوص دون تعرف على علتها ليقاس عليها غيرها وقد ظهر هذا المذهب في القرن الثالث الهجري . وكان أول من نادى به داود بن علي الذي كان أول أمره شافعيًا في الفقه ثم اتجه اتجاهًا جديدًا هو الوقوف عند النصوص فقط كما قلنا . وأشهر من نصر المذهب الظاهري ودعمه بالادلة والحجج القوية الفقيه المشهور ابن حزم الاندلسي، وله كتاب ضخيم في الفقه يسمى « المحلى » ذكر فيه مذهب الظاهرية في المسائل الفقهية المختلفة . ومما يؤخذ عليه الفقيه ابن حزم في كتابه المذكور خشونة قوله وغلظته مع مخانفيه في الرأي ومع هذا فللامام ابن حزم فضله الذي يذكر ولا ينكر وسعة علمه وإطلاعه على السنة النبوية . وكتابه المحلى لا يستغنى عنه من يريد الوقوف على المذاهب الاسلامية المختلفة ولا سيما المذهب الظاهري .

والقياس جلسة واحدة والثانية الوقوف عند ظواهر النصوص -
نصوص القرآن والسنة - فليس غير النص مستندا في هذا المذهب .
والمطلع على مآقرره فقهاء الظاهرية من احكام في مسائل الفقه
يترجح عنده انهم لم يأخذوا بالبواعث والقصود ، وانما اجروا عقود
الناس وتصرفاتهم على ظاهرها دون التفات الى نية مستورة او باعث
خفي ، من ذلك :

أ - نكاح المحلل : عندهم جائز وصحيح ، وقد بينا المقصود بهذا
النكاح فلا نعيده .

ب - طلاق المريض ، عندهم : كطلاق الصحيح : فإذا طلق زوجته
المدخول بها بآثنا في مرض موته ومات في عدتها أو بعد عدتها قلا نرثه
ولا عبرة بنا قصده من حرمانها الميراث .

ج - نكاح المريض مرض الموت صحيح ويقع به التوارث بين
الزوجين خلافا للامام مالك الذي يتهمه بقصد ادخال وارث جديد على
الورثة ومن ثم يبطل نكاحه .

د - اقرار المريض مرض الموت لو ارثه بدين . الاصل عند
الظاهرية في تصرفات مرض الموت في امواله انه فيها كالصحيح ، وعلى
هذا قرروا صحة اقراره بدين لو ارثه او محاباته ببيع ونحوه ، ولم يأخذوا
باحتمال قصد المريض ايثار الوارث بمنفعة او مال دون بقية الورثة .
ويحتجون بان هذه التصرفات صحيحة من الصحيح فتصح من المريض
اذ لا نص يفرق بينهما وما كان ربك نسيا .

ويلاحظ هنا ان الظاهرية ابطالوا بيع كل شيء ينبد او يعصر ممن
يوقن انه يعمله خمرًا ، وابطلوا بيع السلاح او الخيل ممن يوقن انه
يعدو بها على المسلمين واشباه هذه البيوع ، مما يبدو لاول وهلة انهم

يأخذون بالقصود وينظرون إليها ، ولكن الحقيقة غير ذلك : فهم يطلبون هذه التصرفات لأنها من قبيل التعاون على الاثم والعدوان ، والله تعالى يقول (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) ولهذا قالوا في هذه البيوع التي ذكرناها ان لم يوقن بشيء من ذلك فالبيع صحيح لانه ليس فيه اعانة على اثم ، فاذا عصى المشتري ربه تعالى بعد ذلك بأن استعمل ما اشتراه فيما يحرم ولا يحل فائمه عليه لا على انبائع .

ومن هذا كله يتجلى لنا ان مذهب الظاهرية كمذهب الشافعي في اهدار القصود والبواعث وعدم الالتفات عليها عند وصف التصرفات والعقود بالصحة والبطالان .

ثالثا - مذهب المالكية :

١١ - مذهب المالكية يعتبر مقابلا لمذهب الشافعية في مسألة القصود . فهو يعتبرها خلافا للشافعية . ولا يكتفي بالنظر الى ظاهر التصرف والعقد ليقول بصحتها او بطلانها ، بل ينظر الى القصد والباعث والغرض المستتر وراء انشاء التصرف والعقد ، وهذا واضح من الاحكام المقررة في الفقه المالكي ، ومن هذه الاحكام على سبيل المثال لا الحصر ما يأتي :

اولا - بيوع الآجال : كمن يبيع سلعة بعشرة نسيئة ويعود ويشترها من مبتاعها بخسة نقدا ، فظاهر البيع سليم ولكن المالكية قالوا ببطلانه لان القصد منه الاقراض بربا وبهذا صرح فقهاء المالكية ، ومنهم الفقيه ابن رشد في كتابه بداية المجتهد ، فقد علل بطلان هذه البيوع بان قصد المتابعين ليس البيع بذاته وانما هو الاقراض بالربا وهذا نص كلامه : « واما البيوع التي يعرفونها ببيوع الآجال »

فعند مالك وجمهور اهل المدينة ان ذلك لا يجوز وقال الشافعي وداود وابو ثور يجوز . فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الاول فاتهمه ان يكون انما قصد دفع دنائير في اكثر منها الى آجل وهو الربا المنهي عنه ، فزورا لذلك هذه الصورة ليصلا بها الى المحرم » (١١) .

ثانيا - هدية المدين الى الدائن: جاء في المدونة الكبرى قال مالك لا يصلح ان يقبل منه هدية « أي لا يقبل الدائن هدية من مدينه » الا ان يكون رجلا كان ذلك بينهما معروفا وهو يعلم ان هديته ليس لمكان دينه فلا بأس (١٢) . فهذا القول من الامام مالك يدل بوضوح انه اعتبر القصد في هذه المسألة ولاحظ احتمال قصد سيء عند المدين في اهدائه هدية للدائن بان يؤخر دينه فيكون الاهداء بمنزلة الربا وهذا لا يجوز . ولهذا اذا انتفى هذا الاحتمال جاز الاهداء ، ومن قرائن هذا الانتفاء جريان عادة التهادي بينهما من قبل مع علم المدين من نفسه ان هديته للدائن ليست لكونه مدينا له .

ثالثا - طلاق المريض: اذا طلق المريض مرض الموت زوجته المدخول بها طلاقا بائنا ، فالطلاق واقع باتفاق ، اما ميراثها من مطلقها اذا مات قبلها ففيه اختلاف :

قال الشافعي والظاهرية لا تترك . وقال ابو حنيفة ترثه اذا مات في عدتها . وقال الامام احمد بن حنبل ترثه في العدة وبعدها ، ما لم تتزوج . وقال الامام مالك ترثه في العدة وبعدها ، تزوجت او لم تتزوج

(١١) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١١٧ - ١١٨ .

(١٢) المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٧١ .

لانه قصد حرمانها من الميراث بطلاقها بائنا • فلا بد من رد القصد السيء عليه بتوريثها منه ، فلا معنى لاشتراط موته في عدتها او عدم زواجها بعد وفاته لامكان توريثها منه • والحق ان حجة الامام مالك قوية جدا فما دام المقصود رفع الظلم عن المرأة ورد القصد السيء على المطلق بتوريثها منه فيجب القول بتوريثها مطلقا اذا مات قبلها دون اي شرط آخر • ورأي الامام مالك في هذه المسألة يظهره على رأس القائلين باعتبار القصد والبواعث • اما اذا طلقها طلاقا بائنا في مرض الموت ولم يكن قد دخل بها ، فقد قال ابو حنيفة وهو المروي عن احمد بن حنبل بانها لا ترث ، بالرغم من قولهما بالتوريث بالنسبة للمطلقة المدخول بها كما قلنا • اما الامام مالك فقد طرد اصله وظل على منهجه في ملاحظة القصد والبواعث فقال بتوريثها أيضا (١٣) •

رابعاً - نكاح المريض مرض الموت :

قد يتزوج المريض مرض الموت ، فما حكم هذا الزواج ؟ وهل هو صحيح ويجري فيه التوارث بين الزوجين ؟ قال الجمهور ، ابو حنيفة والشافعي وأحمد وغيرهم ، النكاح صحيح ويجري به التوارث بين الزوجين • وعند المالكية لا يصح ولا يجري فيه التوارث فقد جاء في المدونة عن الامام مالك « قلت ، رأيت لو أن رجلاً نكح امرأة في مرضه ثم طلقها ثم مات من مرضه ذلك • قال مالك لا يقر على نكاحه ولا ميراث لها » (١٤) فالامام مالك لا يرى صحة نكاح المريض مرض الموت لاتهامه إياه بسوء القصد وهو إدخال وارث على الورثة • ومن

(١٣) المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٣٢ ، تنوير الحوالك شرح موطأ مالك للسيوطي ج ١ ص ٢٧ •
(١٤) المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٣٣ •

المقرر عند المالكية ان النكاح يكون فاسدا لا توارث فيه بين الزوجين اذا كان احدهما مريضا مرض الموت - او كما يعبر المالكية مرضا مخرفا - عند العقد . بل ذهب بعض المالكية الى مدى بعيد جدا في اعتبار القصد والباعث ، فذهب هذا البعض منهم الى فساد نكاح الذمية اذا تزوجها المسلم في مرض الموت مخافة ان يكون قصده الحاق الضرر بالورثة بان تسلم الذمية فتكون وارثة . وقول هؤلاء في هذه المسألة لا نظير له في المذاهب الاسلامية على ما اعلم ، وهو على كل حال يدل بوضوح على عظيم اهتمام المالكية بالباعث والقصد في التصرفات والعقود .

خامسا - نكاح المحلل :

وهو باطل عند الامام مالك ولا يجوز له المقام على نكاحه حتى يستقبل نكاحا جديدا اذا رغب في البقاء مع زوجته ، وعدم اقراره على نكاحها هذا سواء دخل بها او لم يدخل وسواء شرط التحليل في العقد او نواه فقط ، ففي جميع الحالات يبطل النكاح ولا تترتب عليه آثاره الشرعية .

سادسا - اقرار المريض مرض الموت لوارثه :

مذهب الامام مالك في هذه المسألة يقوم على اساس ملاحظة القصد فاذا قامت القرينة على سوء قصده فالاقرار غير صحيح واذا لم تقم القرينة على ذلك ولم يتهم المريض في اقراره بقصد محاباة المقرر له ، فالاقرار صحيح فمن كان له بنت وابن عم فاقر لابنته بدين لم يفل منه هذا الاقرار لوجود التهمة فيه ، ولو أقر لابن عمه بذلك فاقراه صحيح مقبول لانه لا يتهم في هذا الاقرار بان يزوي ابنته ويقصد الاضرار بها ومحاباة ابن عمه ، وحيث ان منع الاقرار هو احتمال القصد السيئ والتهمة فيه فيجب ان يختص المنع بسوخته . ومسلك الامام

مالك هذا مسلك جيد ومرن وهو خلاف مسلك غيره الآخذين بالقصد كالحنابلة فهؤلاء جعلوا الاقرار للوارث قرينة لا تقبل العكس على وجود القصد السيء عند المقر ومن ثم لم يعتبروه محتجين بأن القصد اثر خفي لا يمكن التثبت منه فاعتبرت مظهره وهو الارث أي كون المقر له وارثا .

والخلاصة فان مذهب المالكية اعتبار النيات والبواعث والقصود في تصرفات الانسان وعقوده وعدم الوقوف عند الشروط الظاهرة لنشوتها .

رابعاً - مذهب الحنابلة :

يمكن معرفة اتجاه مذهب الحنابلة في مسألة القصود من الاحكام التي قرروها في المسائل الفرعية التي بحثوها ، ونذكر منها ما يأتي :

أ - بيع الأمانة : وصورته ان يتفق البائع والمشتري على ان البائع اذا رد الثمن الى المشتري ، أعاد اليه الأخير المبيع وان للمشتري قبل رد الثمن الانتفاع بالمبيع بنفسه او بأجازته للغير . فهذا البيع الباطل عند الحنابلة لان البائع عليه تحصيل الربا بإعطاء دارهم الى اجل ، والانتفاع بالمبيع هو الربا ، فهو في المعنى قرض بعوض ، وعلى هذا يجب رد المبيع الى البائع وان ينزل من الثمن المردود ما قبضه المشتري من بدل أجرته للمبيع ، وان كان المشتري هو الذي انتفع بالمبيع كدار سكنها ، حسب عليه اجر المثل وتحصل المقاصة بقدره ويرد الباقي من الثمن الى المشتري (١٥) .

وهذا الحكم صريح في الدلالة على ان الحنابلة يعتبرون القصد

(١٥) : كشف القناع عن متن الاقناع ج ٢ ص ٥ .

والباعث ، فقد ابطالوا البيع بالرغم من صحة ظاهره لان القصد منه الربا ، والربا محرم لا يجوز •

ب - بيعوع الاجال : وقد مر معناها . والحنابلة يطلونها لانها عندهم من الحيل المحرمة التي يقصد بها الوصول الى ما حرمه الله تعالى والحيل كلها محرمة غير جائزة لان الباعث عليها الوصول الى المحرم او استقاط واجب او دفع حق وكل ذلك لا يجوز • وقالوا ايضا في التعليل ان الله تعالى انما حرم المحرمات لمفسدتها ، وهذه المفسدة لا تزول وان ظهرت بصورة صحيحة من حيث الظاهر مع بقاء معناها الفاسد الخبيث •

ج - الاقرار بالوارث في مرض الموت : لا يعتبر مثل هذا الاقرار لاثام المقر بالقصد السيء وهو محاباة المقر له . ولكن اذا اجاز به بقية الورثة اعتبر الاقرار لان عدم قبوله لوحظ فيه حقهم فاذا تنازلوا عنه كان لهم ذلك فيصح الاقرار ويعتبر •

د - طلاق المريض مرض الموت : من طلق زوجته المدخول بها في مرض موته طلاقا بائنا ثم مات قبلها فعند الحنابلة ترثه سواء مات في عدتها او بعد عدتها ما لم تتزوج • وان لم تكن مدخولا بها فلا ترث • فالحنابلة في هذه المسألة اخذوا بالقصد والباعث في حالة تطليقها في مرض الموت طلاقا بائنا اذا كانت مدخولا بها • ولم يأخذوا بالقصد والباعث ان لم تكن مدخولا بها • ولكن بعض الحنابلة ورثها ايضا في هذه الحالة (١٦) •

(١٦) المفني ج ٦ ص ٣٣١ - ٣٣٢ •

هـ - تكاح المريض مرض الموت : قال الحنابلة بصحته وجريان التوارث به ، فهم لم يعتبروا القصد والباعث في هذا النكاح خلافاً للإمام مالك .
و - تكاح المحلل : عند الحنابلة اذا عقد النكاح وكان الباعث عليه التحليل فالنكاح باطل سواء شرط في العقد التحليل او لم يشرط ما دام قصد الرجل وباعثه على النكاح تحليلها لمطلقها الاول بان يتزوجها ويطلقها ، وسواء علمت المرأة او وليها او مطلقها بذلك او لم يعلموا . واذا اراد المحلل البقاء على نكاحه لم يكن له ذلك لان نكاحه وقع فاسداً بقصده السيء فلا يرتفع الفساد بتغير قصده وانما باستئناف عقد نكاح جديد . ولو طلقها المحلل بعد ان دخل بها فرجعت الى مطلقها الاول بعد انقضاء عدتها بعقد جديد فرق بينهما (١٧) .

والخلاصة ان الاتجاه الغالب في المذهب الحنبلي الاخذ بالبواعث والقصود وعدم الوقوف عند حد الظاهر من التصرفات والعقود .

١٢ - رأي شيخ الاسلام ان تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية :
ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فقيهان كبيران معروفان في عالم الفقه ، وهما وان وصلا الى مرتبة الاجتهاد المطلق الا انهما مع هذا يعتبران من المنتسبين الى مدرسة الفقه الحنبلي لانهما تفقها على اصول المذهب الحنبلي ونهجا نهجه ونفذا الى لبه وعرفا دقائقه واتجاهاته وفرعا على اصوله الخصبة ، كما ان اقوالهما - لا سيما اقوال شيخ الاسلام ابن تيمية - مأخوذة في المذهب الحنبلي كما نجد هذا في كشف القناع مثلاً . ولهذا كان بيان رأيهما في مسألة القصود متمماً لمعرفة اتجاه المذهب الحنبلي بجملته في هذه المسألة .

(٧) كشف القناع عن متن الاقناع ج ٣ ص ٥١ ، شرح المنتهى للبهوتي الحنبلي ج ٣ ص ٧١ اقامة الدليل على ابطال التحليل لابن تيمية ص ٤ - ٦ .

وخلاصة رأي هذين الفقهاء ، ان النيات والاغراض والبواعث لا يجوز اغفالها ولا اهدارها بل لا بد من ملاحظتها والاعتداد بها وبناء الاحكام على اساسها ، لان القاعدة في الشريعة الاسلامية التي لا يجوز اغفالها ان المقاصد معتبرة في التصرفات كما هي معتبرة في العبادات فالقصد يجعل الشيء حلالا او حراما ، صحيحا او فاسدا ودلائل هذه القاعدة كثيرة ، منها قوله تعالى « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا » وقوله تعالى « وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا » فهذا نص في ان الرجعة انما تثبت لمن قصد اصلاح دون الضرر . وقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها او دين غير مضار » فاذا اوصى ضارا كان ذلك حراما وكان للورثة ابطاله وحرم على الموصى له اخذه بدون رضاهم . وفي الحديث الشريف « انما الاعمال بالنيات ... الخ » . فهذا الحديث اصل في ابطال الاحتيال والوصول الى المحرمات والاغراض الفاسدة والمقاصد الباطلة بالوسائل التي ظاهرها الحل والصحة ، فان من يبيع سلعة بعشرين نسيئة ثم يشتريها بعشر نقدا انما يقصد بعمله اقراضه عشرة بعشرين وهذا هو الربا بعينه وان اتخذ ظاهر البيع وسيلة الى مقصوده المحرم ، وقد روى ان رجلا باع من رجل حرية بمائة الى اجل ثم اشتراها منه بخمسين نقدا فسئل ابن عباس رضي الله عنه عنهما عن ذلك فقال : دراهم بدراهم متفاضلة دخلت بينهما حرية (١٨) .

١٤ - خامسا : مذهب الحنفية :

الاتجاه الغالب في فقه الحنفية الاخذ بالظاهر وما تدل عليه

(١٨) اقامة الدليل على ابطال التحليل لابن تيمية ص ٢٢ وما بعدها .
اعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٨٤ .

ألفاظ العاقدین دون الثفات الى النیات والبواعث، وان كان في المذهب الحنفي بعض الاحكام التي لوحظ فيها مقاصد المتعاقدين وبواعثهم على التصرف، وعلى هذا يمكن اعتبار هذا المذهب وسطا بين الآخذين بالقصود وبين التاركين لها، وان كان ميله الى الاخذ بالظاهر اظهر • وهذا كله يتضح من الاحكام التي قرروها في المسائل الفقهية الفرعية، ومنها :

ا - **بيع العصير لمن يتخذ خمرًا**: قرروا ان لا بأس بهذا البيع، وليس على البائع ان لا يبيعه الا لمن يوقن انه لا يصيره خمرًا، لان العصير حلال فبيعه حلال كبيع ما سواه من الاشياء الحلال ممن ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشتري بها (١٩) • فهذا منهم تمسك بالظاهر وعدم اعتبار القصد والباعث •

ب - **نكاح المحال** : عند الحنفية النكاح صحيح ولا عبرة بالباعث عليه، فسواء نوى المحلل التحليل او نواه هو والمرأة فالنكاح صحيح، ويعللون ذلك بأن مجرد النية والقصد في المعاملات غير معتبر فيقع النكاح صحيحا لاستجماعه شرائط الصحة •

وجوز الحنفية بيع العينة مع ان الباعث عليه التوصل الى الربا، ثم ان بعض فقهاء الحنفية كرهه، فالامام محمد بن الحسن الشيباني كرهه وكان يقول عنه : هذا البيع في قلبي منه كأمثال الجبال ذميم، اخترعه اكلة الربا، ولكن هذا القول المؤثر من الامام محمد لم يمنع من اجازته وتسويغه ولو مع الكراهية (٢٠) •

(١٩) مختصر الطحاوى لابي جعفر الطحاوي ص ٢٨٠ •

(٢٠) الملكية ونظرية العقد للشيخ الجليل محمد ابو زهرة

ص ٢١٣ - ٢١٤ •

ج - طلاق المريض مريض الموت : وقد مر معناه ، عند الحنفية
ترث به الزوجة المدخول بها اذا مات المطلق في عديها ، ويبسودو ان
الحنفية ذهبوا الى هذا لقضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه به بمحضر
من الصحابة ويقولون لم ينكر عليه احد فكان اجماعا ، فالاجماع هو
اساس قولهم وليس مردده ملاحظة القصد والباعث (٢١) .

د - اقرار المريض بدين لوارثه : لا يصح عندهم الا ان يصدق
فيه بقية الورثة ، وحجتهم اتهمه بالقصد السيء اي بسحابة احد الورثة ،
فاذا صدقه بقية الورثة انتفى هذا الاتهام فيصح الاقرار (٢٢) . فالحنفية
هنا أخذوا بالقصد والباعث .

١٥ - مناقشة الاقوال وبيان الراجح منها :

تحصل عندنا من عرض الاقوال السابقة للمذاهب الاسلامية التي
وقفت عليها وذكرتها ان هنالك اتجاهين في الفقه الاسلامي في مسألة
القصد ومدى تأثيرها في التصرفات والعقود ، اتجاه باعتبارها واتجاه
باهمالها ، فأبي الاتجاهين اقرب الى الصواب واولى بالقبول ؟
الواقع ان الجواب على هذا التساؤل يظهر بعد مناقشة هذه الاقوال .

١٦ - مناقشة القائلين باهدار البواعث والقصد :

اولا - اعتبار البواعث والقصد وترتيب الاحكام على
اساسها لا يعني ان الاحكام تبنى على اساس الظنون المجردة او الالهواء
والاوهام او على اشياء مغيبة مجهولة ، فالقائلون بالقصد لا يقولون
بهذا وانما يعتبرون القصد اذا ظهرت وانكشفت اما اذا لم تظهر
ولم تنكشف فالحكم يكون على ظاهر الالفاظ والعبارات المكونة
للعقود والتصرفات . وعلى هذا فبناء الحكم على قصد قد يظهر

(٢١) الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ١٥٠ - ١٥١ .

(٢٢) الهداية وفتح القدير ج ٧ ص ٨ - ١٠ .

ولم تنكشف فالحكم يكون على ظاهر الالفاظ والعبارات المكونة للعقود والتصرفات • وعلى هذا فبناء الحكم على قصد قد ظهر يكون بناء على ظاهر معلوم لا على مغيب مجهول •

ثانياً - الالفاظ انما اعتبرت لدلالاتها على المقاصد ، فاذا ظهر القصد كان الاعتبار له وتقييد اللفظ به وكان تكييف العقد على اساسه (٢٣) • وانكشاف القصد وظهور الباعث لا يتوقفان على اللفظ ولا ينحصران به ، بل قد يكون ظهور القصد وانكشافه بذلالة الحال او بالقرائن المقبولة ، فلانرى وجها سائغا لحصر انكشاف القصد باللفظ كما يقول الامام الشافعي رحمه الله تعالى • فدلالة الحالة وسيلة صالحة لانكشاف القصد وظهور الباعث ، وعلى هذا دخلت السنة النبوية المطهرة ، فقد روى الامام البخاري في صحيحه عن ابي حميد الساعدي قال استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا على صدقات بني سليم يدعى ابن اللتبية ، فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي ، فقام النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر فحمد الله واثنى عليه ثم قال : ما بال العامل نبعثه فيأتي فيقول هذا لكم وهذا لي فهلا جلس في بيت ابيه وامه فينظر أيهدى له ام لا ؟ والذي نفسي بيده لا يأتي بشيء الا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبتة •••• الخ (٢٤) •

ففي الحديث دلالة واضحة على اعتبار دلالة الحال على القصد

(٢٣) اغائة اللفهان لابن القيم ج ٢ ص ٩٥ - ٩٦ •

(٢٤) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ج ١٣ ص ١١٤ في باب هدايا العمال • وروى هذا الحديث في باب ترك الحيل بتبديل قليل من بعض الالفاظ •

والباعث • وبيان هذا ان الاهداء بذاته جائز ، ولكن اهداءهم اليه كان بسبب ولايته بقصد التخفيف عنهم او نفعهم ، فاولا ولايته اي وظيفة الجباية لما اهدوه ، ولما كانت الولاية حق لاهل الصدقات لامن حق المهدي اليه ، فما اخذه بسببها من الهدايا هولهم ومن حقهم سواء كان اخذه واجبا على المهدين او لم يكون واجبا (٢٥) •

ثالثا - لافرق في التحيل على المحرم بين الفعل الموضوع له وبين الفعل الموضوع الى غيره اذا جعله الانسان وسيلة للمحرم ، فالمقصود والمراد اذا كان محرما لم يكن اختلاف الطرق الموصلة اليه بسوجب لاختلاف حكمه فيحرم من طريق ويحل بعينه من طريق آخر • ولهذا اخبرنا الله تعالى في كتابه الكريم انه مسح اليهود قردة لما استجابوا ما حرمه الله عليهم بفعل ظاهره حلال ولكن المقصود منه والباعث عليه الوصول الى الحرام • وفي الحديث الشريف « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا اثمانها ، وان الله اذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه » (٢٦) •

١٧ - مناقشة القائلين باعتبار القصود :

اولا - اسرف بعضهم في اعتبار القصود حتى قال بفساد نكاح المسلم في مرض موته ذمية بحجة اتهمه الاضرار بالورثة بادخال وارث جديد عليهم وهي الذمية بأن تسلم بعد زواجها فترث • كما اسرف بعض آخر في اعتبار القصد فقال بفساد نكاح المريض مرض

(٢٥) اقامة الدليل على ابطال التحليل لابن تيمية ص ١٢٨ •

(٢٦) اعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٤٥ وما بعدها •

الموت ، مع ان النكاح من الحوائج الاصلية للانسان ، ومن العقود
اللازمة الخطيرة فلا يمكن افسادها بمجرد هذا الاحتمال •

ثانيا - أخذ الحنابلة بالقصد في مسألة طلاق المريض مرض
الموت اذا كانت الزوجة مدخولا بها وطلقها بائنا فورثوها اذا مات
تقبلها في العدة او بعدها ما لم تتزوج • وكان ينبغي تورثها حتى لو
تزوجت لان علة تورثها هو قصد الزوج حرمانها من الميراث وهذا
القصد لا يزول سواء تزوجت او لم تتزوج • وكذلك عدم تورثهم
للمطلقة غير المدخول بها مع ان علة تورث المدخول بها هو دفع الضرر
عنها الذي قصده زوجها بطلاقه اياها في مرض الموت ، وهذا الضرر
المقصود قائم في طلاق غير المدخول بها فكان ينبغي القول بتورثها
لان العلة واحدة في الحالتين •

١٨ - القول الراجح :

ومن عرض اقوال الفقهاء المختلفة ، ومناقشتها يترجح عندي
قول القائلين باعتبار القصود في التصرفات والعقود ، لان هذا القول
هو المتفق مع نهج الشريعة في سد المنافذ الى المحرمات
واعتيارها النيات في العبادات والمعاملات ، والله يقول الحق وهو اعلم
بالصواب والحمد لله رب العالمين •